

申請拒否処分類似行為の救済方法

——申請型義務付け訴訟・非申請型義務付け訴訟・
確認訴訟（当事者訴訟）の交錯——

春日 修

目次

- 1 はじめに
- 2 津地裁平成29年1月26日判決・名古屋高裁平成29年8月9日判決
- 3 抗告訴訟による救済の可能性
- 4 確認訴訟（当事者訴訟）による救済の可能性
- 5 行政権限行使を求める訴訟における《損害の重大性》
- 6 おわりに

1 はじめに

申請を違法に拒否された場合、伝統的な救済手段は取消訴訟であり、2004年行政事件訴訟法改正以降は、これに加えて、申請型義務付け訴訟による救済も認められるようになった。

これに対して、行政処分を求める行為であっても、その求めが《申請》に該当しない場合、求めが拒否されても《申請拒否処分》とみなされないため、取消訴訟+申請型義務付け訴訟により救済を求めることはできない。第三者に対する監督処分を求める場合が非申請型義務付け訴訟の典型的利用場面であるとされてきたが、自己に対する授益処分の求めで申請に

該当しないものを行政庁が拒否した場合も、非申請型義務付け訴訟により救済を求めることになり、このような場合は申請拒否処分に近い様相を呈する。ここでは、このような場合を《授益処分申出拒否》と呼ぶことにする。

授益処分申出拒否は、救済方法の観点から、2つの様態にわけることができる。1つは、申出拒否が申出者の意に反した処分という形でなされる場合である。例えば、子どもを特別支援学校へ就学させることを希望している保護者に対して、教育委員会が小中学校への就学指定をしたという場合が、これにあたる。この場合、申出者の意に反する処分の取消訴訟でこれを争うことができる。さらに、申出者が希望する処分をするように求める非申請型義務付け訴訟を提起することも考えられる。就学指定の場合、仮の救済の必要性が非常に大きく（そうでないと、判決確定まで意に反する学校に通学するか、通学を断念することになる）、意に反する就学指定の執行停止では有効な仮の救済にならないため、実効的救済手段は非申請型義務付け訴訟を本案訴訟とする仮の義務付けの申立てである⁽¹⁾ものの、取消訴訟でこれを争うことも可能である。

授益処分申出拒否のもう1つの様態は、申出拒否が申出者の意にそぐわない処分という形ではなく、単に〈申出に応じられない〉という意思表示

(1) このような例としては、大阪地決平成19年8月10日賃金と社会保障1451号38頁及びその控訴審である大阪高決平成20年3月28日 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/888/036888_hanrei.pdf（特別支援学校への就学指定の仮の義務付け申立てを認容）、大阪地決平成20年3月27日判自320号18頁（特別支援学校への就学指定の仮の義務付け申立てを却下）、大阪地決平成20年7月18日判自316号37頁（特別支援学校への就学指定の仮の義務付け申立てを認容）がある。また、特別支援学校への就学指定を受けた児童が、中学校への就学指定の仮の義務付けの申立てをし、それが認容された事例として、奈良地決平成21年6月26日判自328号21頁がある。これらも含む就学指定の裁判例については、春日修「判批」判自326号（2010年）を参照。

の形をとる場合である。この場合、取消訴訟を提起しようにも、争いうる処分はないことになる。例えば、婚姻していない父母の間に生まれた子どもの出生届にあたり、「嫡出でない子」という記載を避ける目的で、これにかかる届出書の欄を空欄としたために、出生届を不受理とされた者が、当該子どもについて住民票に記載するように申出をしたところ、出生届が受理されていないことを理由に、記載しない旨の応答を受けたため、住民票を作成しない処分の取消し、住民票作成の義務付け、精神的被害にかかる損害賠償を求めた事例において、最高裁判所は、本件における住民票への記載の申出は、それに対する「応答義務が課されておらず、住民票の記載に係る職権の発動を促す法14条2項所定の申出とみるほかないものである。したがって、本件応答は、法令に根拠のない事実上の応答にすぎず、これにより上告人子又は上告人父の権利義務ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分に該当しないと解される」と判示している⁽²⁾。この判決の調査官解説は、「ある住

(2) 最判平成21年4月17日民集63巻4号638頁。なお、この点について、稲葉一将「判批」法学セミナー増刊速報判例解説 Vol. 5（2009年）67頁は、「職権処分を求める申出に対する応答が取消訴訟の対象となる行政処分に当たると解すると、職権処分を求めるいわゆる1号義務付け訴訟の厳格な訴訟要件が意味をなさなくなる。現在のようない行訴法の訴訟類型が維持される限りにおいて、職権処分を求める申出に対する応答の取消訴訟が不適法であるとした判示は、当然に導かれる結論であろう」とする。同じく、前記応答の処分性が否定されたことに理解を示すものとして、横田光平「判批」平成21年度重要判例解説・ジュリスト臨時増刊1298号（2010年）57頁、山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、2012年）57～58頁などがある。他方、諸坂佐利「判批」行政判例百選Ⅱ〔第7版〕別冊ジュリスト235号（2017年）127頁は、「本件応答は、いわゆる『法的仕組み』論からするならば、戸籍制度及びそれと連動する住民基本台帳ないし住民票という制度の正確性を保持するために採られた『応答』に他ならず、それは当該『法的仕組み』の一要素と考えられる。当該事実行為たる『応答』の是非については、抗告訴訟において議論されるべきではなかったかと考

民について新たに住民票の記載をする行為は、届出によるものであると職権によるものであるとを問わず、行政処分に該当する」⁽³⁾としており、本件応答は本稿でいう《授益処分申出拒否》にあたる。このように、授益処分の申出に対して、〈申出に応じられない〉という意思表示がなされた場合、取消訴訟はできないとしても、非申請型義務付け訴訟により救済を求めることは可能である⁽⁴⁾。実際、この事件の地裁判決は、住民票の作成を求める非申請型義務付け訴訟を適法と認め、請求を認容している⁽⁵⁾。

ただし、控訴審判決⁽⁶⁾は、子どもが2歳であるから選挙権についての不利益が現実化していないこと、住民登録が要求される諸手続についても、住民登録又は住民票がなくても、手続において煩瑣の点があり得るとしても、これらがある者と同じ扱いをされる場合が多いことを理由に、《損害の重大性》を欠くとして、非申請型義務付け訴訟を却下しており、行政がした〈授益処分の申出に応じられない〉旨の意思表示につき、非申請型義務付け訴訟で救済を求める場合、訴訟要件、とりわけ損害の重大性が充たされるかという問題は残る⁽⁷⁾。申出者の意に沿わない処分という形で行わ

える」とする。

(3) 清野正彦「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成21年度（上）』（2012年）335頁。

(4) 本件における救済手段として、非申請型義務付け訴訟が適切であるとするものとしては、横田前掲注(2)・57頁、大田直史「判批」民商法雑誌141巻2号（2010年）233頁、渡井理佳子「判批」自治研究85巻10号（2009年）154頁、石崎誠也「社会福祉行政上の処分と義務付け訴訟の機能」法律時報79巻9号（2007年）25頁などがある。

(5) 東京地判平成19年5月31日民集63巻4号665頁。

(6) 東京高判平成19年11月5日民集63巻4号680頁。

(7) なお、山本前掲注(2)・58～60頁は、最高裁判所は、前掲注(6)の判決にかかる「上告受理の際に上告受理申立て理由のうち〔非申請型義務付け〕の訴えの適法性に係る部分が排除されたようである」とした上で、「住基法の解釈適用に係る上告受理申立て理由の部分は受理し、〔非申請型義務付け〕の訴えの要件である『重大な損害を

れた《授益処分申出拒否》につき、非申請型義務付け訴訟で救済を求めようとする場合も、当然、これと同様の問題が生ずる。

申請拒否処分に近い様相を呈する場面としては、《授益処分申出拒否》以外にも、私人が自己にとって利益となる《処分以外の行政措置》を求め、行政がこれを拒否した場合がある。ここでは、これを《授益措置申出拒否》と呼ぶことにする。例えば、最高裁平成7年3月23日判決（民集49巻3号1006頁）は、開発許可の際に必要とされる「公共施設管理者の同意」（都市計画法32条1項）の《拒否＝不同意》につき、その処分性を否定した。この判決の調査官解説は、「行政機関等が裁量権の範囲を逸脱又は濫用して同意を拒否した場合……における国民の救済方法としては、適法に裁量権の行使がされることを信頼して行動したことによって損害を受けたことを理由とする国家賠償請求が残されるにとどまる」⁽⁸⁾としているが、2004年行訴法改正が、行政処分以外の行政の行為の救済方法として、当事者訴訟としての確認訴訟の活用を打ち出したことから、当事者訴訟として〈同意する義務のあることの確認訴訟〉を提起して救済を求めることも考えられる。ただし、確認訴訟により救済を求めるためには、確認の利益が認められることが必要とされており、その存否が問題となる。

整理すると、私人が自らに利益となる処分その他措置を求めたところ、行政がそれを拒否したという場合、①求めているのが《処分》か、処分以外の《措置》か、②求めが《申請》か、それに当たらない《申出》かによ

生ずるおそれ』……などの存否に係る部分を排除することには、やや違和感が残る」が、「最高裁が行訴法37条の2の『重大な損害』等について判断を避けたのは、まさに、住民票の不記載を適法と解する場合には、『重大な損害』等について最高裁が最初に示す先例として相応しい判示ができないと考えたからかもしれない」としている。

(8) 綿引万里子「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成7年度（上）』（法曹会、1998年）395頁。

り、以下のように、救済手段が異なってくることになる。

- ・ 申請拒否処分 → 取消訴訟等 + 申請型義務付け訴訟の併合提起
- ・ 授益処分申出拒否 $\left\{ \begin{array}{l} \text{取消訴訟・非申請型義務付け訴訟} \\ \text{非申請型義務付け訴訟} \end{array} \right.$
- ・ 授益措置申出拒否 → 確認訴訟⁽⁹⁾(当事者訴訟)

(9) 当事者訴訟による救済としては、確認訴訟ではなく、承諾の意思表示等を求める給付訴訟を提起するという方法も考えられる。民事訴訟においては、給付訴訟により救済を求めることが可能な場合の確認訴訟は、確認の利益を欠くと解されており、当事者訴訟において、そのような観点から、確認の利益を否定した裁判例として、東京地判平成22年12月10日訟月58巻7号2735頁（法令に基づかない助成金の交付につき、確認訴訟ではなく「当該請求権に基づき、端的に当該支給決定（承諾）の意思表示を求める給付の訴えを提起することができるから、この訴えによるべきである」と判示）がある。これに対して、法令に基づかない助成金等給付につき、確認訴訟の確認の利益を認めた裁判例として、東京地判平成18年9月12日 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/221/034221_hanrei.pdf（2019年6月1日閲覧）（確認の利益を肯定し、原告は助成金の支給を受けられる地位にあるものとして、請求を認容）、東京地判平成27年12月15日判時2302号29頁（確認の利益を肯定しつつ、請求は棄却）がある。これらについては、春日修『当事者訴訟の機能と展開』（晃洋書房、2017年）176頁以下を参照。これ以降の裁判例としては、大阪地判平成29年1月26日判時2390号22頁（要綱に基づく補助金の交付を受けられる地位の確認訴訟の確認の利益を肯定しつつ、請求を棄却）と、その控訴審判決である大阪高判平成30年3月20日判時2390号3頁（原判決の判断を妥当とし、控訴を棄却）がある。松塚晋輔「補助金不交付にかかる取消訴訟と当事者訴訟—大阪地判平成29年1月26日朝鮮学校補助金事件の検討—」京女法学13号（2018年）は、この地裁判決について「訴訟類型のキャッチボールを控えた判決と前向きに理解することもでき……確認訴訟の中で実体判断をした上で結論に達したものであって、正々堂々たる司法の態度として評価できる」としている（42～43頁）。当事者訴訟における給付訴訟と確認訴訟の関係については、今後の課題とし、本稿では当事者訴訟としての確認訴訟による救済に的を絞って論ずる。

しかし、求めの拒否が、これらのどれに当たるのかが、判然としない場合も少なくない。先にあげた公共施設管理者の《不同意》であるが、その処分性を否定した最高裁平成7年3月23日判決以降、最高裁判所は、(1)食料品輸入に際して、検疫所長が発した当該食料品が食品衛生法に違反する旨の通知（これにより輸入申告が受理されなくなり、輸入できないことが確定する）に処分性を認めた最高裁平成16年4月26日判決（民集58巻4号989頁）、(2)病院設置中止勧告（これにより相当程度確実に保険医療機関指定を受けられなくなり、實際上、病院開設を断念せざるをえなくなる）の処分性を認めた最高裁平成17年7月15日判決（民集59巻6号1661頁）など、処分性を緩やかに認めた判決を出しており、これらによって《不同意》の処分性が認められうるとみなすこともできる。実際、高松高裁平成25年5月30日判決（判自384号64頁）は、不同意の処分性を認め、不同意処分の取消しと同意の義務付けを認容している。このように、最高裁判所がかつて明確に処分性を否定した行為についても議論の余地があるのだから、下級裁判所の裁判例しかない場合、下級裁判所における判断が分かれている場合、ましてや、下級裁判所の判断も下されていない場合、《処分》や《申請》への該当性判断が困難になる場合もあろう。

本稿は、以上のような認識に基づき、申請拒否処分とその類似行為の性格基準と救済方法の選択、さらに、その訴訟要件について、津地裁平成29年1月26日判決（判自431号79頁）とその控訴審である名古屋高裁平成29年8月9日判決（判タ1446号70頁）（以下、併せて「本判決」という。）を素材として、検討することを意図したものである。

2 津地裁平成29年1月26日判決・名古屋高裁平成29年8月9日判決

事実の概要

原告Xが所有する土地（以下、「本件土地」という。）は、被告Y町が農

業振興地域の整備に関する法律（以下、「農振法」という。）8条に基づき策定した農業振興地域整備計画中の農用地利用計画により、農用地区域内の農地として定められていた。XはYに対して、本件土地につき、農家分家住宅の敷地として転用したいとして、農用地区域から除外を要望する旨の書面（以下「本件要望」という。）を提出した。これに対して、Yは、本件要望は農振法13条2項1号に掲げる要件を満たす場合に該当せず、これに応じることはできない旨の回答（以下「本件回答」という。）をした。Xはこれに対する不服申立てをしたが、Yは本件回答は処分に該当しないとして、申立てを却下した（以下「本件却下決定」という。）ため、Xは(A)本件却下決定の取消し、(B)主位的に本件回答の取消し、(C)予備的に本件土地が農用地区域に該当しないことの確認、(D)請求の追加的変更として、慰謝料の支払い（国家賠償）を求めて出訴した。

地裁判決判旨

(i) 本件回答の処分性

農地を農地以外のものにしようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない（農地法4条1項）が、農用地区域内にある農地については、原則、許可を受けることができない（同条6項1号イ）。しかし、「これらの制約は、当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なものにすぎず、これによって直ちに国民に具体的な義務を課したり、権利を侵害するものとはいえない」。

「この性質は、農業振興地域整備計画の策定のみならず、同計画が変更されないことにより、当該土地が農用地区域から除外されない場合も同様である」。被告において、毎年概ね1月末日と7月末日を締切として、農用地区域からの除外の要望を受け付けており、被告における農用地区域内からの除外の多くが当該土地の所有者からの申出を契機としてなされていることは認められるものの、農振法13条が職権による農業振興地域整備

計画の変更を予定していること、具体的個人等への申出を契機としないで農用地区域内からの除外が行われたものがあること、農用地区域内の土地所有者が、その所有する土地につき同区域からの除外を求める申請権を有していることを窺わせる規定は農振法にはないことなどからすれば、上記運用は被告の職権による農業振興地域整備計画の変更を促すものにすぎない。

「農用地区域からの除外が認められなかった土地所有者は、その後にはされる農地転用許可の申請に対する不許可処分に対して、取消訴訟を提起し、その前提として農用地利用計画の変更又は不変更の違法性を争い、それらが違法と認定された場合、当該土地を農用地区域から除外することが可能である。これにより、農業振興地域整備計画全体を覆すことにはならず、他の多くの利害関係人の利益を害することは少ないと考えられるから、事情判決……がされる可能性が高いとはいえず、……土地所有者の権利侵害に対する救済が不十分なものとなるおそれも低い」。

以上のことから、本件回答は行政処分にあたらない。したがって、本件却下決定は適法であるから、(A)の請求を棄却し、(B)の請求を却下する。

(ii) 確認訴訟（当事者訴訟）にかかる確認の利益の存否

原告は「農地転用許可の申請に対する不許可処分に対して、取消訴訟を提起し、同訴訟において本件土地を農用地区域から除外せず、農用地利用計画を変更しなかった違法性を争うことが可能であり、また、上記処分を争ったのでは、原告が回復し難い重大な損害を被るおそれがあるとはいえない」ので、確認の利益は認められない。したがって、(C)の請求を却下する。

(iii) 国家賠償の可否

農業振興地域整備計画の変更には都道府県の同意が必要であるところ、三重県同意基準では、農振法13条2項1号所定の変更に際しては、他法令の許認可等を必要とする場合は、その許認可等が了承される見込みがあ

る旨定められており、本件土地にかかる同意については、農地転用許可の見込みがあることが必要であった。しかし、本件土地は、農用地区域から除外されたとしても、「甲種農地」（農用地区域内の「農地以外の農地で、集团的に存在する農地その他の良好な営農条件を備えている農地として政令で定めるもの」のうち「市街化調整区域内にある政令で定める農地」（農地法4条6項1号ロ所定）にあたる。そのため、住宅建築のための転用は農地法4条6項1号ロ、農地法施行令4条1項2号イ、農地法施行規則33条4号に基づき「集落に接続して設置されるもの」であることを要する。三重県農地法審査基準において、「集落」とは相当数の家屋が連担集合している区域を、「集落に接続して」とは既存の集落と間隔を置かないで接する状態をいうとされているが、本件土地の現状は集落に接続しているとはいえない。原告は「他の家屋が3軒以上である場合には相当数の家屋と評価できる」し、県もそのような基準によっていると主張しているが、これを窺わせる事情はない。したがって、本件回答には裁量の踰越濫用はない。さらに、手続的瑕疵もなく、本件回答は国家賠償法上違法とはいえないので、(D)の請求を棄却する。

高裁判決判旨

名古屋高等裁判所は、原判決の理由をすべて引用した上で、控訴を棄却した。控訴審での控訴人の主張につき判断した部分もあるが、処分性と確認の利益につき、目新しい観点は見当たらない。

3 抗告訴訟による救済の可能性

農用地区域除外拒否につき、抗告訴訟による救済が認められるためには、(1)農用地利用計画（決定）及び農用地区域除外のための同計画変更が《行政処分》としての性格を有することが必要である。さらに、取消訴

訟と申請型義務付け訴訟による救済を求めるためには、(2)農地の所有者がする〈農用地区域除外の求め〉が《申請》としての性格を有する必要がある。なお、(1)のみが認められ、(2)が認められない場合には非申請型義務付け訴訟により救済を求めることになる。

農用地利用計画（決定）の法的性格

本判決は、農用地利用計画を、個別具体的なものではなく、一般的抽象的な性格を有するものと位置づけ、その処分性を否定している。

農業振興地域の整備に関する法律（農振法）の規定をみると、都道府県知事による農業振興地域の指定（農振法6条）を受けて、市町村が農業振興地域整備計画を定め、その中で、他の事項と併せて、農用地区域（＝農用地等として利用すべき土地の区域）及びその区域内にある土地の農業上の用途区分が定められることとされており（農振法7条2項1号。なお、農業振興地域整備計画のうち、同号にかかる部分を「農用地利用計画」という。）、その主たる法的効果は、土地利用制限（農地転用が著しく困難になるなど）に過ぎない¹⁰⁾。そうすると、最高裁昭和57年4月22日判決（民集36巻4号705頁）が、建物の用途等につき制限が課せられるといった用途地域指定の「効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合における同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎ」ないし、制限を超える建物の建築を阻止する行政

10) 農振法15条の2は、農用地区域内における開発行為許可制について定めているが、「開発許可制度は、農用地区域における農用地の確保を、しかも、農地法の転用規制を補充するかたちで、おかれている。したがって、実際の運用としては、さほどの重要性はもっていないようである。つまり、開発許可基準に該当しないとしても、農用地区域から除外して、転用すれば足りる」（山下淳「都市的土地利用と農業的土地利用」成田古稀記念『政策実現と行政法』（有斐閣、1998年）所収・305～306頁）との指摘がある。

庁の具体的処分を争えば足りるとしたのと同じ理由で、農用地利用計画の決定変更も処分性が否定されるべきものであると考えることができる。本判決以前にも、東京高裁平成9年5月22日判決（判時1643号147頁）が、本判決とほぼ同様の理由で、農用地利用計画の処分性を否定している⁽¹¹⁾。

しかし、処分性が認められる《個別的具体的》行為と、それが認められない《一般的抽象的》行為の境界は明確とはいえない。例えば、建築基準法46条に基づく壁面線の指定の法的効果は、〈指定区域内に存する土地建物の所有者等は壁面線を越えて建築物の壁等を建築することができなくなる〉（同法47条）というものであるから、やはり土地利用制限に過ぎない。しかし、最高裁昭和61年6月19日（判時1206号21頁）は、「壁面線の指定が行政処分であることを前提にして〔行審法所定の〕教示義務の適否を論じて」いるところから、その処分性を認めているものと解される⁽¹²⁾。さらに、最高裁平成14年1月17日判決（民集56巻1号1頁）は、建築基準法42条2項に基づくみなし道路の《一括指定》（「幅員4m未満1.8m以上の道」を建築基準法42条2項のみなし道路とする旨の告示）の処分性を肯定しているが、みなし道路指定の法的効果も、土地利用制限（道路中

(11) 他方、農用地利用計画により、開発行為が制限されること、農地転用等が制限されることなどから、「同計画の決定は土地所有者等の権利義務ないし法的地位に具体的な変動を生じさせるものであり、しかも、用途区分は、個々の土地の状況に着目してきめ細かく定めることが予定されているものであるから、一般処分ということもできない。そうすると、同計画の決定は、処分性を有するものというべきである」とした神戸地判平成2年9月19日判タ748号134頁もある。

(12) 佐伯彰洋「判批」行政判例百選Ⅱ〔第7版〕別冊ジュリスト236号（2017年）293頁。石川善則「判批」ジュリスト871号（1989年）77頁も、壁面線指定の処分性については、「上告理由になっていないため、この点の判断は明示されていないが、本件指定に対し審査請求することができるとする原審の判断の前提を否定する趣旨でないように思われる」とする。

心線から2mの土地における建築はできなくなる）などである。壁面線指定が道路沿いの一定数の特定の土地の利用を制限するものであるのに対して、「一括指定されたからといって、その道路は特定されているわけではなく、どの道路がみなし道路か「既存建築物の所有者等の利害関係人はもとより特定行政庁も知らない」し、「特定個人の具体的権利利益にかなる影響も及ぼしていない」ので、みなし道路一括指定は「ある種の立法行為と解され……処分性を欠くと解される」⁽¹³⁾との批判がある。このような性格を有するみなし道路一括指定も処分性が肯定されうるのであれば、農用地利用計画の処分性も認められる余地があるようにも思われる。

しかも、農用地利用計画には《個別的具体的》側面がある。一般に、農地法は一筆統制（＝個別的具体的性格）であるのに対して、農振法はゾーニング制度（＝一般的抽象的性格）だと言われるが、「農用地利用計画の実態は、地番の記載された膨大なリストと平面図から構成されて」おり、「農用地区域からの除外も一筆単位で処理されている。その意味では、ゾーニング制度とはいいいがたいし、農地法の転用規制と類似することにもなっている」⁽¹⁴⁾との指摘がある。このような〈実態〉を重視すれば、農用地利用計画の処分性が肯定されてもおかしくはない。

さらに、農振法11条は農用地利用計画を含む農業振興地域整備計画の制定手続について定めているが、それによれば、農用地利用計画にかかる農用地区域内にある土地の所有者等は、当該農用地利用計画の案に対して異議を申し出ることができ（同条3項）、市町村が異議の申出に対して、これを決定しなければならない（同4項）とされている。さらに、決定に対して不服がある申出人は、都道府県知事に対し審査を申し立てることができ（同5項）、都道府県知事は、これにつき裁決をしなければならない

(13) 金子正史「判批」法学教室264号（2002年）130～131頁。

(14) 山下前掲注(10)・299～300頁。

い（同6項）とされ、異議申出、審査申出には、それぞれ行政不服審査法中の再調査の請求、審査請求に関する規定が準用されることとされている（同7項）。

このような規定の存在に着目し、「当該手続において申出のあった農用地利用計画案に対する異議の処理が市町村農振計画の決定前に行われ、かつ、その処理が完了しない限り、市町村は市町村農振計画を決定することができない仕組みになっている」こと、これが行審法の行政上の不服申立手続を準用しているのは「農用地利用計画の決定にかかわっては当該手続が準用されるにふさわしい、そのことを相当とする法的基礎、法的関係が存すると立法者により判断された結果」であり、「農用地区域内権利者の権利の保護・救済のために、異議申出に始まる農用地利用計画案に対する一連の異議処理手続が法定されたというる」こと、行審法の手続が「農用地利用計画の決定に対する事後行政手続についてではなく、その事前の行政過程における事前行政手続について準用されていること」から、処分性を認めるべきであるとする見解もある⁽¹⁵⁾。

農振法11条3～7項の手続規定が、農用地区域内の土地所有者の法的利益を保護する目的で設けられたものであることに異論はないだろう。しかし、法令がある者の利益を公益に解消することなく、個別的利益として保護していることは、《処分性》ではなく、処分性を有する行為の《原告適格》の有無の判断基準である。一般的抽象的法効果しか有しない命令や計画の制定に際して、法令が特定の個人や集団の利益を保護するための実体的・手続的規定を設けていたとしても、それに基づく命令や計画が処分性を有することには必ずしもならないだろう。したがって、農振法11条3～7項の手続規定の存在は、農用地利用計画の処分性を認める決定的要

(15) 田村達久「行政計画の処分性に関する一考察」宮崎古稀記念『現代行政訴訟の到達点と展望』（日本評論社、2014年）所収・165～166頁。

素にはなり得ない。

以上のようなことから、農用地利用計画は、(a)実質的には一筆一筆の農地を単位に指定されたり、解除されたりするものであり、その所有者の権利保護のための手続をさだめているものの、(b)法令の文言上はあくまでもゾーニング計画の形で定められるものとされている。(a)によれば《個別的具体的》性格を有するとみることができ、処分性が認められる可能性がなくはないものの、(b)を理由に《一般的抽象的》性格しか有しないとして処分性が否定されたとしてもおかしくない、中間的な性格を有する行為であるということができよう。

農用地区域除外のための農用地利用計画変更の法的性格

ある行為が一般的抽象的性格を有していても、その適用を除外する行為が個別的具体的な性格を有することはありうる。例えば、都市計画法に基づく用途地域指定は、それにより地域内の建築可能な建物の種類（建築基準法48条）、建築物の容積率（同52条）や建蔽率（同53条）を定めるもので、最高裁昭和57年4月22日判決によれば、その効果は一般的抽象的なそれにすぎず、処分性を有しないとされている。その反面、建築基準法48条1～13項は、例外許可の制度を定めており、例えば、第1種低層住居専用地域においては、「特定行政庁が第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合」、所定外の建築物を建築することが認められている。そして、この例外許可は、その性格上、処分性を有するものと考えられる⁽¹⁶⁾。規制を課す行為に処分性が認められなくても、規制を除外する行

(16) 東京高判昭和57年11月8日行集33巻11号2225頁は、例外許可の処分性につき、「許可処分があつても直ちに許可に該る建築物の建築がなされるわけではなく、これが建築のためには更に同法六条による確認が必要であり、しかも右許可の要件と確認

為には処分性が認められることはありうる。

しかし、これは、「都市計画決定」―「許可」というようにそれぞれ形式を異にする行為であり、「許可」があっても「計画」そのものが変更されるわけではないからいえることだろう。《農用地区域の指定》―《農用地区域からの除外》は、農用地利用計画の「決定・変更」という形式で行われ、除外は既存の「計画」の変更をもたらすものであるから、《指定》に処分性が認められれば《除外》にも処分性が認められ、《指定》に処分性が認められなければ、《除外》にも処分性が認められないと解すべきものと思われる。

〈農用地区域除外の求め〉の法的性格

本判決は、農用地利用計画変更の処分性を否定したのに加えて、農振法13条が職権による農業振興地域整備計画の変更を予定していること、土地所有者が農用地区域除外の申請権を有していることを窺わせる規定が農

の要件とは異なるものであることを考えると、右許可処分があつた段階で直ちに訴訟を以てその是非を争わせることが相当であるかどうか疑問があるうえに、右許可処分が直ちに右建築物の周辺隣地居住者の権利ないし利益に影響を及ぼすかどうかについても問題がないわけではない。すなわち、本件許可の処分性或いはいわゆる争の成熟性については、なお検討の余地があるものというべきである。しかし、右の許可処分は、建築基準法四八条九項及び一〇項から明らかなように、具体的な計画についてなされるものであるから、建築される建築物の規模・態様やそれが周辺隣地に及ぼす影響の範囲・程度等は、すでにこの段階において相当の蓋然性を以て予測され得るものと認められるから、右許可に該る建築物の建築によつて、日照・騒音・採光・通風・衛生・防災等生活環境に影響を蒙ることとなる周辺隣地居住者は、前記確認をまたないで、確認があつた場合と同様に右許可処分の取消を求めることができるものと解しても必ずしも不当ではないというべきである」として、例外許可の処分性を認めた。建築許可の処分性を有することを前提として、取消訴訟の原告適格について判断した事例としては、横浜地判平成17年2月16日判自266号96頁などがある。

振法にないことを理由に、〈農用地区域除外の求め〉は、職権行使を促すものに過ぎないとしている。

農用地利用計画に処分性が認められないのであれば、農用地区域除外の求めが《申請》に該当しないことは明らかである。申請は《処分の求め》であり、《処分以外の措置の求め》は申請としての性格を持ちえないからである。

仮に、農用地利用計画に処分性が認められ、〈農用地区域除外のための農用地利用計画変更〉にも処分性が認められたとしても、〈農用地区域除外のための農用地利用計画変更の求め〉が申請に該当することには必ずしもならない。先にあげた特別支援学校への就学指定の求めや、住民基本台帳法14条2項に基づく住民票記載の求めのように、就学指定や住民票記載といった《処分》を求める行為であっても、法令に基づかないものや、行政に応答義務が課せられていないものは、《申出》に過ぎず、《申請》には該当しないからである。その場合、単に〈申出に応じられない〉という意思表示がなされても、《申請拒否処分》とはみなし得ない。

処分の求めの拒否が処分性を有し＝《申請拒否処分》とみなされ、取消訴訟等でこれを争うことができるのは、申請をした者が《申請権》を有している場合に限られる。すなわち、「申請人が申請権をもっている場合には、申請に対する形式的要件の不備を理由としてこれを拒否する行為（却下、不受理、返戻）は手続的な権利を侵害するものとして、また実体について判断しこれを拒否する行為（棄却）は……申請にかかる処分を得る可能性をうばうことにおいて申請人の法律上の利益に影響を及ぼすものとして、取消訴訟の対象となるが、申請人が法令による申請権をもたない場合における申請の拒否行為は、申請人の法律上の利益になら影響を与えるものでないから、取消訴訟の対象とならないとするのが、従来からの通

説・判例の見解」⁽¹⁷⁾だからである。

行政手続法2条3号が「申請 法令に基づき……自己に対し何らかの利益を付与する処分……を求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているもの」と定義しており、行政事件訴訟法3条5項が「法令に基づく申請」としているように、《申請》というためには、法令に根拠を有するものであることを要する。ただし、「法令の解釈上、当該申請が法令にその根拠を有するのであれば、当該申請をすることができる旨の明文の規定が置かれていることは必ずしも必要ではない」⁽¹⁸⁾と解するのが一般的である。

したがって、法令の規定や当該《処分の求め》の性格などを考慮して、その《処分の求め》が「法令に基づく申請」とみなしうるかを検討する必要がある。例えば、最高裁平成15年9月4日判決（判時1841号89頁）は、労災就学援護費不支給決定につき、これが、労働者災害補償保険法に基づく、他の「保険給付を補完するために、労働者福祉事業として、保険給付と同様の手続により……支給」されるものであるとして、その処分性を認めているが、この判決で問題となった労災就学援護費の法令上の根拠は、

・労働者災害補償保険法23条1項2号（当時、現在は29条1項2号）「政府は、この保険の適用事業に係る労働者及びその遺族について、社会復帰促進等事業として、次の事業を行うことができる。……二 被災労働者の……遺族の就学の援護……を図るために必要な事業」

(17) 越山安久「抗告訴訟の対象」鈴木忠一、三月月章監修『新・実務民事訴訟講座9巻』（日本評論社、1983年）所収・47頁。

(18) 高橋滋他編『条解行政事件訴訟法 第4版』（内野俊夫）（弘文堂、2014年）735頁）。ただし、このような解釈は「要式行為としての申請の性格を不明確なものとする解釈であって賛成できない」（園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（園部逸夫）（有斐閣、1989年））とする見解もある。

- ・労働者災害補償保険法施行規則 1 条 3 項「……労災就学等援護費……の支給……に関する事務は……事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長……が行う」

というものであり、支給対象者、支給額、支給期間、欠格事由等を定め、申請→労働基準監督署長による支給・不支給決定→通知という手続を規定していたのは、「労災就学等援護費の支給について」及びその別添「労災就学等援護費支給要綱」であった。

ただし、この場合、法令に辛うじて、給付の「根拠」とみなしうる規定があり、これにより、労災就学等援護費は《法令に基づく給付》とみなすことができた。この場合、給付決定にかかる法形式は《申請→処分》か《契約申込→同受諾》のいずれかということになるが、最高裁によれば、

- ①労災就学等援護費は、労働者災害補償保険法に基づく保険給付を補完するために定められた給付である。
- ②労働者災害補償保険法に基づく保険給付は、《申請→処分》の形式によりなされている。
- ③保険給付を補完する給付である労災就学等援護費も《申請→処分》の形式によっていると解すべきである。

ということになるのである。

これに対して、本件の場合、農用地区域からの除外については、

- ・農振法13条2項「農業振興地域整備計画の変更のうち、農用地等以外の用途に供することを目的として農用地区域内の土地を農用地区域から除外するために行う農用地区域の変更は、次に掲げる要件のすべてを満たす場合に限り、することができる。(以下略)」

との定めがあり、法が除外を予定していることは明らかである。

しかし、除外の手続については、同条4項により、農業振興地域整備計画決定にかかる同法11条の規定（土地所有者等の異議申出→市町村による決定→それに不服がある場合の都道府県知事に対する審査申出→都道府県知事による裁決）が準用されているものの、土地所有者が除外を申し出ることができる旨の規定は、農振法、同法施行令、同法施行規則のいずれにもない。被告Y町は年2回を締切として農用地区域からの除外の要望を受け付けており、他の市町村においても同様の実務が行われており、農用地区域内からの除外の多くが当該土地の所有者からの申出を契機としてなされている⁽¹⁹⁾ようではあるものの、これはあくまで実務上の扱いに過ぎない。

行政措置の《求め》が、要綱などの法規性を有しない定めによるものであるという点では、本件も最高裁平成15年9月4日判決も同じである。しかし、(a)最高裁平成15年9月4日判決における《給付決定》が《個別的具体的》なものであることが明らかであるのに対して、本件における《除外》は《計画変更》の形式で行われており、決定的とはいえないものの、これが《一般的抽象的》性格を有することを推認させ、そうであれば、本件における《求め》は申請たり得ないこと、(b)最高裁平成15年9月4日判決が、給付の求めを《申請》、給付拒否を《申請拒否処分》と解する際によった、①～③のような見方が、本件においては妥当しないことから、〈除外の求め〉を《申請》とみなすことは難しいように思われる。

裁判例の中には、市町村が除外の要望を受け付けているという実務の存在などを理由に、農用地区域除外拒否の処分性を認めたもの⁽²⁰⁾もあり、救

(19) 本判決も、除外の大半が土地所有者からの要望によることを認めているし、さいたま地裁平成20年2月27日判自308号79頁も、同様のことをいう。

(20) さいたま地裁平成20年2月27日前掲注(19)、千葉地判昭和63年1月25日判時1287号

済の必要性という観点から、このような裁判例を評価する見解もある⁽²¹⁾。

しかし、処分性の概念については裁判例の積み重ねがあり、それからかけ離れた取扱いを、救済の必要性を理由に正当化することには限界がある⁽²²⁾。行政事件訴訟による救済手段が、ほぼ取消訴訟に限られると考えら

40頁。

(21) 例えば、見上崇洋「判批」龍谷法学24巻1号（1991年）96頁以下は、農用地利用計画の軽微変更（現行法では農振法13条4項及び同施行令10条1項を参照）拒否の処分性を肯定した千葉地判昭和63年1月25日前掲注20について、相対的行政処分論（処分性を客観的画一的なものではなく、原告の利益との関係で相対的に捉えるべきであるとする見解）を引きつつ、（軽微変更を含む）農用地区域除外が違法に行われた場合に、救済の機会を与えるべきであるという立場から、当該判決を積極的に評価している。

(22) 例えば、法令の根拠なしに要綱などに基づいて行われている地方公共団体による補助金等の給付について、給付拒否の処分性を認め、抗告訴訟の対象となとした裁判例—例えば、福岡地判昭和55年9月26日行集32巻7号1291頁（要綱に基づく給付でも「行政庁としての応答義務を負う法制度があると評価できる場合においては……『法令に基づく申請』にあたり、これに対する被告の応答（支給するか否かの決定）は処分性を有する」と判示）とその控訴審である福岡高判昭和55年9月26日行集32巻7号1291頁、大阪高判昭和54年7月30日行集30巻7号1352頁（「給付制度の総体について、その制度の趣旨、目的を探り、そこから該申請に対し、……行政庁として応答をなすべきことが一般法理上義務付けられると認められる場合においては、本件申請（制度）は、行訴法三条五項にいう『法令に基づく申請（制度）』となり、これに対する被控訴人の応答（支給・不支給の決定）は自ずと処分性を具備するものと解するのが相当である」と判示）—がある。このような裁判例につき、塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）199～200頁は「事案の解決として、行訴法のシステムにのせることには合理性がある」としつつも、「要綱にかかる制度を『法令に基づく申請』と解することは明らかに文理に反する」としている。村上義弘「抗告訴訟の対象（4）—不作為の違法確認訴訟」園部逸夫、時岡泰編『裁判実務大系1 行政争訟法』（1984年）62～63頁、司法研修所編『改定 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）20頁なども、これと同趣旨をいう。

れていた時代であればまだしも、2004年行政事件訴訟法改正により、確認訴訟（当事者訴訟）による救済の可能性が開かれた今日においては、処分性の概念を大きく曲げて、無理に抗告訴訟の俎上に載せる必要はなく、本判決やほぼ同じ理由で除外申出拒否の処分性を否定した裁判例⁽²³⁾の方が、妥当であるように思われる。

後続の農地転用許可の存在

本判決は、農用地利用計画の処分性を否定する理由として、(1)後続の農地転用許可処分を争うことが可能であること、(2)これにより、農業振興地域整備計画全体を覆すことにはならず、他の多くの利害関係人の利益を害することは少ないので、事情判決がされる可能性は高いとはいえないこともあげているので、これについても簡単に検討しておく。

まず、(1)についてであるが、確かに、処分性を否定した最高裁判所判決の中には、〈後続の処分を待って、その取消しを求めれば救済になりうる〉旨をいっているものがあるが、これらの判例は、当該行為の法的性格により処分性を否定した上で、〈本来処分性を有さない行為を取消訴訟の俎上に乗せるために、無理矢理に処分性を認める必要がない〉という趣旨で、〈後続の処分……〉を付言したものに過ぎない⁽²⁴⁾。したがって、(1)はあくま

(23) 千葉地判平成6年2月23日行集45巻1・2号147頁。

(24) 例えば、消防長の同意の処分性を否定した最判昭和34年1月29日民集13巻1号32頁は、「消防長の同意は、知事に対する行政機関相互間の行為であつて、これにより対国民との直接の関係においてその権利義務を形成し又はその範囲を確定する行為とは認められない」という理由で処分性を否定したが、それに加えて、「知事のなした建築出願不許可処分に対し、その違法を理由として行政訴訟を適法に提起し、その訴訟において、右不許可処分的前提となつた消防長の同意拒絶乃至同意取消の違法を主張しうる」旨を付言している。同様の付言をしている判例として、用途地域指定の処分性を否定した最判昭和57年4月22日民集36巻4号705頁、高度地区変更決定の処

で補足的理由付けであって、これだけで農用地利用計画変更の処分性を否定する理由となるわけではない。

むしろ、土壤汚染対策法3条2項（現行法の3項）に基づく「通知」に処分性を認めた最高裁平成24年2月3日判決（民集66巻2号148頁）は、「法3条2項による通知は、通知を受けた当該土地の所有者等に上記の調査及び報告の義務を生じさせ、その法的地位に直接的な影響を及ぼすものというべきであ」り、この義務を履行しない場合、同条3項に基づく命令が発せられ、命令違反に対して刑罰が課されるという仕組みがとられているとしても「報告の義務自体は上記通知によって既に発生しているものであって、その通知を受けた当該土地の所有者等は、これに従わずに上記の報告をしない場合でも、速やかに法3条3項による命令が発せられるわけではないので、早期にその命令を対象とする取消訴訟を提起することができないものではない。そうすると、実効的な権利救済を図るという観点から見ても、同条2項による通知がされた段階で、これを対象とする取消訴訟の提起が制限されるべき理由はない」としており、後続の行為を取消訴訟で争いうることだけで、先行行為の処分性が否定されるわけではない。

さらに、(2)は、土地区画整理事業計画の処分性を認めた最高裁平成20年9月10日判決（民集62巻8号2029頁）が、「事業計画の違法を理由として当該換地処分等を取り消した場合には、事業全体に著しい混乱をもたらすことになりかねない。それゆえ、換地処分等の取消訴訟において、宅地所有者等が事業計画の違法を主張し、その主張が認められたとしても、当該換地処分等を取り消すことは公共の福祉に適合しないとして事情判決（行政事件訴訟法31条1項）がされる可能性が相当程度あるのであり、換地処分等がされた段階でこれを対象として取消訴訟を提起することができ

分性を否定した最判昭和57年4月22日判時1043号43頁、土地区画整理事業計画の処分性を否定した最判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁などがある。

るとしても、宅地所有者等の被る権利侵害に対する救済が十分に果たされるとはいい難い」と判示していることを意識したものと思われる。しかし、本件の場合、農用地区域除外に処分性が認められ、取消判決が下され、原告の所有地が農用地区域から除外されたとしても、本件土地の除外によって計画全体が覆されるわけでもなく、法と実務が個別的な農用地区域からの除外を制度的に認めていることからしても、事情判決の対象となることも全く想定できない。したがって、(2)は失当という他ない。

小結

以上、農用地利用計画の処分性、農用地区域除外の求めの処分性につき検討してきたが、

- (1)農用地区域除外は農用地利用計画変更の形式で行われるところ、農用地利用計画は、その実態は個別的具体的性格も認められるものの、形式的には一般的抽象的な性格を有する。前者に着目すれば、農用地利用計画変更の処分性が肯定される余地はあるものの、後者により、処分性が否定されてもおかしくはない。
- (2)農用地区域除外のための計画変更は、実務的には土地所有者の求めに応じて行われているものの、除外の求めにつき法令上の根拠は見当たらず、除外が計画変更という形式で行われることもあって土地所有者が《申請権》を有すると解するのは難しい。

ことが明らかとなった。

ところで、農用地区域除外拒否のような、処分性があるとは言い切れない行為の救済を考える場合、何らかの理屈を付けてその処分性を認め、抗告訴訟による救済を追求するという発想は妥当なのであろうか。行政処分属性としては、公権力の行使であること、法行為である（事実行為ではない）こと、個別的具体的行為である（一般的抽象的行為ではないこと）などがいわれ、これらのうち1つでも該当しないときは、処分性はないと

される。先にも述べたが、行政活動に対する行政事件訴訟による救済が、取消訴訟（抗告訴訟）に限られると考えられていたときであれば、解釈を駆使して処分性を認め、取消訴訟（抗告訴訟）の土俵に上げようという試みに意味はあっただろう。しかし、2004年行訴法改正により、処分以外の行政の行為の救済手段として確認訴訟（当事者訴訟）の活用という方向性が打ち出され、それが一定の成果をあげている⁽²⁵⁾ 今日、処分性がないことを前提にした上で、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を図るべきという発想によるべきではないだろうか。

本件の原告は、予備的に本件土地が農用地区域に該当しないことの確認を求めているが、裁判所は確認訴訟（当事者訴訟）の確認の利益を否定している。節を改めて、その妥当性と当事者訴訟による救済の可能性について検討していこう。

4 確認訴訟（当事者訴訟）による救済の可能性

確認訴訟（当事者訴訟）により救済を求めるには、確認の利益が必要とされ、これは、(a)確認対象の適否、(b)紛争の成熟性（即時確定の利益）の有無、(c)確認訴訟によることの適否の3つの視点から検討されるのが一般的である。このうち、最も重要なのは、(b)紛争の成熟性であり、本判決が確認の利益を否定したのは、(b)の観点による。これについて論ずる前に、本件において、原告が求めた確認対象の適格性について検討しておこう。

本件における《確認の対象》

本件において、原告は「本件土地が農用地区域に該当しないことの確認」を求めているが、これは適切な確認対象とはいえないように思われ

(25) 春日前掲注(9)・91頁以下を参照。

る。農用地利用計画により農用地区域とされた土地が、農用地区域に該当しなくなるのは、当該土地を農用地区域から除外する計画変更後であって、計画変更が行われていない以上、本件土地が〈農用地区域に該当しない〉ことにはならないはずである。適切な確認の対象として考えられるのは、〈本件土地を農用地区域から除外する義務があること〉であろう。

農振法14条2項柱書は「農業振興地域整備計画の変更のうち、農用地等以外の用途に供することを目的として農用地区域内の土地を農用地区域から除外するために行う農用地区域の変更は、次に掲げる要件のすべてを満たす場合に限り、することができる」としており、さらに、農用地区域からの除外を含む農用地利用計画の変更には農振法13条4項によって、同法8条4項が準用されるため、都道府県知事の同意を要することとされている。したがって、〈本件土地を農用地区域から除外する義務〉があるとするためには、①法14条2項各号に適合する（そのような場合に、なお除外しないという裁量があると解される場合、除外しないことが裁量の踰越濫用にあたる）と認められ、②知事が同意すべき義務があるか、同意しないことが裁量の踰越濫用になる場合でなければならない。除外のための農用地利用計画に処分性が認められ、義務付け訴訟でこれを争いうる場合も、同様に①②が認められなければ、義務付け判決を下し得ないはずである。②については、三重県の「市町村の農用地利用計画の変更に係る同意基準」⁽²⁶⁾（以下、「三重県同意基準」という。）が「市町にて独自に除外基準を定めている場合には、自治事務であることに鑑み、法に逸脱しない限り、県の同意を行う」としているため、①が認められれば、同意を得られる見込みがある（このような基準を定め、それを公にしているにもかかわらず、①が認められるのに、特段の理由もなく、同意をしないことは裁量の踰越濫用となる）と解することもできそうである。原告が①を主張立証

(26) <http://www.pref.mie.lg.jp/common/content/000101309.pdf> (2019年6月11日閲覧)。

することだけでも、難しいようにも思われるが、これは本案の問題であって、これにより、確認対象の適格性が認められないということにはなるまい。

また、本件においては、〈本件回答が違法であること〉の確認を求めるということも考えられる。当事者訴訟としての確認訴訟において、行為の違法確認が認められるかについては議論がある⁽²⁷⁾が、これが認められるとするならば、本件回答にかかる事実の認識や法解釈に誤りは認められるが、上記①②までは認められないという場合に、違法確認判決によって、事案を行政に差し戻すという救済が可能になる。行訴法41条は、取消訴訟の拘束力に関する行訴法33条1項の規定を、当事者訴訟に準用している。申請拒否処分の取消判決の拘束力にかかる同条2項は、当事者訴訟に準用されていないが、不利益処分であっても「市街地再開発計画事業における権利変換処分のように、必ず処分をやり直さなければならない例もあり」、「この場合に、行政庁が『判決の趣旨』に従うべきこと……が、本条1項に基づく拘束力の作用として生ずると解される」⁽²⁸⁾ので、本件のような場合も、被告は判決の趣旨に従って、再度、除外の可否を判断することになるだろう。

農地転用不許可処分取消訴訟と本件における《確認の利益》

本判決が確認の利益を否定した理由は、(1)農地転用許可申請拒否処分に対する取消訴訟で、農用地域除外拒否の違法性を争うことが可能であること、(2)確認訴訟をみとめなければ、「回復し難い重大な損害を被るおそれがあるとはいえない」ことである。

このうち、(2)の理由付けは妥当とはいえない。「回復しがたい重大な損

(27) これについては、春日前掲注(9)・200～204頁を参照。

(28) 高橋他編前掲注(18) [興津征雄]・675頁。

害」というのは、最高裁昭和47年11月30日判決（民集26巻9号1746頁。長野勤評事件判決）や最高裁平成元年7月4日判決（判時1336号86頁。横川川事件判決）において提示された、無名抗告訴訟（あるいは、確認訴訟（当事者訴訟）を含む予防的訴訟）が許容される場合の基準である。

しかし、東京都立学校教職員らが、学校式典における国歌斉唱、ピアノ伴奏をする義務のないことの確認等を求めた最高裁平成24年2月9日判決（民集66巻2号183頁）において、最高裁判所は、

「通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し… … 職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分の処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の… … 上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼすものといえることができ… … 処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものというべきである」

としている。給与などの処遇上の不利益は金銭上の不利益なので、不利益を被った段階で、本来受け取ることのできる給与との差額を求める給付訴訟、地方公務員法上の措置要求とそれに不服な場合の取消訴訟などにより救済は可能である。にもかかわらず、最高裁は勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益が「反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していく」

という指摘をした上で、確認の利益を認めた。この判決は、長野勤評事件や横川川事件よりも緩やかに確認の利益を肯定しているといつてよく、これにより、確認訴訟（当事者訴訟）につき、《後続の処分等にかかる訴訟では回復しがたい重大な損害を被るおそれ等の特段の事情》を要するという考えは否定されたといつてよい。

さらに、(1)の農地転用許可申請拒否処分に対する取消訴訟で、農用地域除外拒否の違法性を争うことが可能であるから、確認の利益がないとの理由付けも妥当とはいえない。農地転用につき、農地法等は、農地を、(a)農用地区域内農地、(b)甲種農地、(c)第1種農地、(d)第2種農地、(e)第3種農地の5種類に分類し、(a)～(e)の順で、農地転用が容易になる仕組みをとっている。(a)については、転用は原則不許可（農振法17条、農地法4条6項1号イ）とされ、市町村が定める農用地利用計画において指定された用途（農業用施設）等のために転用する場合（農地法4条6項但書）等、ごく限られた場合に、例外的に許可されるのみで、農家分家住宅のための転用も認められない。これに対して、(b)であれば、「住宅……で集落に接続して設置されるもの」のための転用は認められる（農地法施行令4条2号イ及び農地法施行規則33条4号）。したがって、農用地域内農地に農家（分家）住宅を建設しようとする場合、当該農地が農用地域から除外される必要がある。被告は、

①農用地域からの除外は、農振法13条2項各号の要件に適合する場合にのみ認められ、さらに、同条4項によって、同法8条4項が準用されるため、都道府県知事の同意を要し、この規定により、都道府県が同意基準を策定していれば、その適用も問題となる。

②本件の場合、「三重県同意基準」によれば、農振法13条2項1号を満たすには、「具体的な計画の内容が、他法令の内容に整合し、他法令の許認可等を必要とする場合は、その許認可等が了承される見込みであること」を要

するとの定めがある。

- ③本件土地が農用地区域から除外されると、甲種農地とみなされることとなるが、甲種農地を農家（分家）用住宅の建設のために農地転用するには、農地法施行規則33条4号で「集落に接続して」いなければならない。
- ④三重県の農地法審査基準⁽²⁹⁾によれば、「『集落』とは、相当数の家屋が連たんに集合している区域」、「『集落に接続して』とは、既存の集落と間隔を置かないで接する状態」をいう。本件土地周辺の家屋は内科医院、工場、居住用家屋の3軒のみで、これに該当しないので、農地転用許可を得られる見込みがない。
- ⑤それゆえ、「三重県同意基準」によれば、同意が得られないので、農振法13条2項1号に適合せず、本件土地を農用地区域から除外することはできない。

と主張している。これに対して原告は、①～③を前提として、

- ④「他の家屋が3軒以上である場合には相当数の家屋と評価できる」し、県もそのような基準によっているところ、本件土地はそのような状態にある、
- ⑤それゆえ、「三重県同意基準」によれば、同意が得られる見込みがあるので、農振法13条2項1号に適合する。

と主張している。

民事訴訟において、①「確認の利益は、原告の権利または法的地位に不安が現に存在し、かつ不安を除去する方法として原告・被告間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否の判決をすることが有効適切である場

(29) <http://www.pref.mie.lg.jp/common/content/000788771.pdf> (2019年6月19日閲覧)

合に、認められ」⁽³⁰⁾②「原告の地位に対する不安は、被告が原告の法的地位を否認したり、原告の地位と相容れない地位を主張したりする場合に生じるのが通常である」⁽³¹⁾といわれているが、④⑤—④'⑤'という原告被告間の見解の対立により、原告は農家分家用住宅が建築できないという不利益を被っている＝不安が現実化しているといっているので、確認の利益は認められるべきである⁽³²⁾ように思われる。

本判決で、裁判所は農地転用許可を申請し、その拒否処分を争うように示唆しているが、国家賠償にかかる判断において、上記①～⑤を認め、④'⑤'を却けて、本件回答が適法であると判示している。そうであれば、本判決の示唆する救済手段である農地転用許可申請拒否処分取消訴訟を提起するためになされる申請は、全くの無駄ということになる。

農用地区域からの除外要望が認められないまま、農地転用許可を申請しても、〈本件土地は農用地区域内農地に該当するため〉という理由で、申請は拒否されることになるので、本件訴訟の時点と農地転用申請拒否処分が行われた時点を比べてみても、紛争がより具体的になるというわけではない。農地転用許可申請手続において、申請者が市町村のした農用地区域除外拒否が違法であるという主張をしても、都道府県知事は、農地法に基づく農地転用許可にかかる手続において、市町村という別の行政主体が、農振法という別の法律に基づいてした判断の適否を審査することはできない（あるいは、しない）だろう⁽³³⁾。それなのに、当該申請をしなけれ

⁽³⁰⁾ 新堂幸司「新民事訴訟法第5版」(弘文堂、2011年)270頁。

⁽³¹⁾ 新堂前掲注⁽³⁰⁾・277頁。

⁽³²⁾ 山下竜一「判批」平成30年度重要判例解説・ジュリスト臨時増刊1531号(2019年)51頁も、原告が「具体的な建築意思をもち…『制約』は……現実的、具体的なものといえるから……紛争の成熟性が認められるべきである」としている。

⁽³³⁾ 山本前掲注⁽²⁾・335頁は、食品衛生法違反通知の処分性を認めた最判平成16年4月26日民集58巻4号989頁に関連して、「輸入者は、厚生労働大臣の認定判断の結果、

ば、行政事件訴訟で本件回答の可否を争えないとしたことに、何の意味があるというのだろうか。後続の処分を取消訴訟で争えるならそれによるべしという《悪しき取消訴訟中心主義の残滓》としかいいようがない。

土壤汚染防止法の「通知」に処分性を認めた最高裁平成24年2月3日判決は、(a)通知により報告義務が発生しており、(b)報告義務を履行しなくても、速やかに命令が発せられるわけではないので、早期に取消訴訟を提起することができるものではなく、実効的権利救済の観点から「通知」段階での取消訴訟の提起が制限される理由はない旨を判示している。本件は、取消訴訟ではなく確認訴訟（当事者訴訟）ではあるが、(a)本件回答により不安が現実化しているので、紛争の成熟性が認められ、(b)取消訴訟で本件回答の違法性を争うためには、無駄な申請を経なければならず、実効的な救済の観点から「本件回答」の段階での確認訴訟（当事者訴訟）の提起が制限される理由はない、といえよう。

本件においては、原告が国家賠償請求もしていたため、本件回答の適否につき、裁判所の判断が下されたが、国家賠償訴訟を提起すれば、行政措置の適法違法についての裁判所の判断を仰ぐことができるとも限らない⁽³⁴⁾

届出済証を得られず食品衛生法違反通知を受けた場合も、届出の事実および食品衛生法6条適合性を、税関に対し証明して税関の確認を得ることを法的に妨げられない。それでも、こうした場合に、税関が検疫所の判断に反して食品衛生法適合性を確認できるとは、基本的に考えられない。それは、行政機関相互の事務分担と協力の原則に反する。確かに、食品衛生法違反通知が私人を規律する効力がない以上、税関は検疫所に再度の判断を求めるべきである。しかし、検疫所が食品衛生法違反の判断を覆さなければ、形式的に言い換えるなら、届出済証を交付しなければ、税関は食品衛生法適合性を確認しないことになる」とする。

(34) 金子正史『まちづくり行政訴訟』（第一法規、2008年）44～45頁は、公共施設管理者の同意の処分性を否定した最判平成7年3月23日民集49卷3号1006頁との関連で、国家賠償請求訴訟において、「判決文に不同意の違法が記載され、このことにより、公共施設の管理者による不同意の職権取消しがなされ、国家賠償請求訴訟が結果

ので、国家賠償訴訟は、農用地域除外拒否の違法性や除外の羈束性を主張して、除外を実現するための直截的な救済手段たり得ない。やはり行政事件訴訟による救済が必要だろう。仮に、本件で、原告が国家賠償を提起しなければ、本件回答の適否にかかる裁判所の判断は得られなかったことになる。この場合、本判決によれば、改めて農地転用許可申請をして、（本件土地が農用地域にあるので、必ずなされる）申請拒否処分を経て、その取消訴訟を提起して、裁判所の判断を仰がなければならない。これは、原告にとっての二度手間であるだけでなく、行政にとっても、裁判所にとっても二度手間となるだけである。

以上のように、本件においては、紛争の成熟性（即時確定の利益）が認められ、農地転用許可申請→申請拒否処分→同取消訴訟というルートでの救済も迂遠で適切とはいえないので、確認の利益が認められるべき事例であったように思われる。

ただし、本件土地を農用地域から除外する義務があることの確認訴訟につき、確認訴訟（当事者訴訟）による救済が認められるべきであるといいきるためには、もう1つ検討しておかなければならない問題がある。《権限行使の要求にかかる確認訴訟（当事者訴訟）》における《損害の重大性》の要否である。これは非申請型義務付け訴訟との関係において議論しなければならないので、節を改めて検討する。

として、制裁機能、違法行政抑止機能を果たす」ことも考えられるが、「判決が職務行為基準説によるときは、公共施設の管理者の不同意の判断について職務上の注意義務違反（過失）がないとされると、不同意に取消違法があったとしても、当該不同意には、国賠法1条1項の違法性がないとされることにな」って「不同意が違法であるということが判決文の表面に出てこない可能性が」あり、「国賠請求訴訟の制裁機能、違法行政抑止機能も期待できない結果になる」と指摘している。

5 行政権限行使を求める訴訟における《損害の重大性》

本件において、〈本件土地を農用地区域から除外する義務があること〉の確認を求める当事者訴訟⁽³⁵⁾が許容されるとすれば、これは、行政の権限行使を求める訴訟であるという点で、抗告訴訟としての義務付け訴訟、さらに、申請は「処分を求める行為」であり、処分以外の措置の求めは申請たり得ないことからすれば、非申請型義務付け訴訟に相当するものである。

非申請型義務付け訴訟は、「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる」、すなわち、損害の重大性と補充性を要するとされている。

2004年行訴法改正後の確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例の中には、非申請型義務付け訴訟と差止訴訟が、損害の重大性と補充性を訴訟要件としていることを理由に、「公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいても、確認の利益を肯定するためには、行政の活動、作用等（不作為を含む。）により国民の法的地位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、少なくとも、行政の活動、作用等により国民に重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないことが必

(35) 先でも述べたように、権限行使の要求にかかる当事者訴訟としては、①〈当該権限を行使せよ〉といった判決を求める給付訴訟と、②〈当該権限を行使すべき義務のあることを確認する〉といった判決を求める確認訴訟が考えられる。これらがどのような関係にあるか（そもそも①は可能なのか、①が可能な場合、②は確認の利益を欠くことになるのか）という問題があるが、これについては、本稿では触れず、今後の課題にしたい。

要であると解すべきである」⁽³⁶⁾としたものがある。

差止訴訟・義務付け訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）の関係

筆者は、かつて、確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟の関係について検討し、

①法令によってある義務が課されており

例：道路法43条「何人も道路に関し、左に掲げる行為をしてはならない。
……二 みだりに道路に土石、竹木等の物件をたい積し、その他道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為をすること。」

②これに違反した場合に監督処分をなしうるとされている

例：道路法71条「道路管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して
……行為若しくは工事の中止、道路……に存する工作物その他の物件の改築、移転、除却若しくは当該工作物その他の物件により生ずべき損害を予防するために必要な施設をすること若しくは道路を原状に回復することを命ずることができる。一 この法律……の規定……に違反している者……」

場合において、私人は①の義務を負わないと主張している（例：自らの所有地は「道路」に該当しない）のに対し、行政が私人は①の義務を負っている（例：前記土地は「道路」に該当する）という紛争がある場合の救済手段として、

(a)①の義務不存在の確認訴訟（当事者訴訟）

例：原告が自己の所有地の一部であるとしてブロック塀を設置した土地が、道路区域にあらず道路法43条の義務を負わないことの確認を求める訴え

⁽³⁶⁾ 大阪地判平成19年8月10日判タ1261号164頁。確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益につき、損害の重大性を要するとした判決としては、他に、さいたま地判平成23年2月23日 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/105/082105_hanrei.pdf（2019年6月12日閲覧）がある。

(b)②の処分差止訴訟

が考えられるところ、以下のような理由で、(a)(b)は異なった訴訟である旨を論じた。すなわち、(b)の差止訴訟が

- (ア) 処分がある程度差し迫った（蓋然性が認められる）場合に、当該処分に焦点を絞って、その差止めを求めるものであり、
 - (イ) 仮の救済として（償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があれば）仮の差止めを利用でき、
 - (ウ) 本案において、処分を違法たらしめるすべての要因を主張することができる、すなわち、要件の前提となる行政上の義務の存否のみならず、手続的違法性や効果裁量の踰越濫用をも主張できる、
- のに対して、(a)の確認訴訟（当事者訴訟）は、
- (ア) 処分とは切り離して行政上の義務の存否を争うものであり（従って、後続の制裁が処分である場合でも処分の蓋然性など要求されないし、後続の制裁が刑罰など行政処分以外の制裁でもよい）、
 - (イ)（後続の制裁が処分であっても）仮の差止めを利用することはできず、
 - (ウ) 本案において主張できるのは、当然ながら争いの対象である行政上の義務の存否のみである。

という相違がある。これに加えて、2004年行訴法改正以降の後続の処分を差し止める結果となる確認訴訟（当事者訴訟）にかかる裁判例の多くが、確認訴訟の確認の利益につき、損害の重大性を要すると解していないことを示した上で、確認訴訟（当事者訴訟）で確認の利益が認められるためには、損害の重大性は要しないと解すべきである⁽³⁷⁾と結論づけた。

しかし、非申請型義務付け訴訟と《行政権限の行使を求める確認訴訟（当事者訴訟）》の間には、前記(ア)～(ウ)と(ア')～(ウ')のような違いはない。非申請型義務付け訴訟は、行政庁が処分権限を有しているが、それが行使さ

(37) 春日前掲注(9)・146～152頁。

れていない場合に、〈〇〇の処分をせよ〉という判決（＝救済）を求めて提起する訴訟であり、請求が認容されるのは「行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき」である。《行政権限の行使を求める確認訴訟（当事者訴訟）》は、行政が《処分以外の措置》を行う権限を有しているが、それが行使されていない場合に、〈〇〇の措置をする義務があることを確認する〉という判決（＝救済）を求めて提起する訴訟であり、請求が認容されるのは〈行政がその《処分以外の措置》をすべきであることがその《処分以外の措置》の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政がその《処分以外の措置》をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき〉である。

これらが異なるのは、処分にかかる訴え（抗告訴訟）か、《処分以外の措置》にかかる訴え（当事者訴訟）かという点以外には、救済が〈〇〇の処分をせよ〉という判決によるか、〈〇〇の措置をする義務があることを確認する〉という判決によるかだけであり、前者を給付判決とみても、それを強制執行する手段がないことから、実質的差異はないものと考えられる⁽³⁸⁾。

(38) かつては、無名抗告訴訟としての義務付け訴訟（給付訴訟）と義務確認訴訟（処分権限存否訴訟）は、別個のものとして議論されていた（例えば、南博方編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、1972年）〔山村恒年〕54頁以下、川上宏二郎「無名抗告訴訟」ジュリスト500号（1972年）110頁以下など）。これに対して、阿部泰隆『行政訴訟改革論』（有斐閣、1993年）229頁・注(1)は、このような区別は「行政庁の作為不作為義務の確認を求める義務確認訴訟は理論的には法的判断作用の領域をこえるものではなく、裁判所が行政庁にかかわって行政権を行使することにはならないが、義務づけ訴訟は判断作用の領域をこえ、行政庁に処分、不処分を命ずる積極的・意欲的作用を行なうもので司法権固有の領域をこえる、といった考え方であろうと思われるが、この

義務付け訴訟は仮の救済として仮の義務付けの制度があるが、確認訴訟（当事者訴訟）については、公権力の行使に当たる行為を対象とするものではないので、行訴法44条の仮処分の排除の範囲外であり、民事保全法に基づく仮処分が可能であるとも考えられる。

非申請型義務付け訴訟と《行政権限の行使を求める当事者訴訟》が、対象以外には実質的差異がなく、前者の訴訟要件として、損害の重大性と補充性が求められるのならば、後者についても同様のものが求められると解すべきであるとも考えられる。

権限行使を求める当事者訴訟における《損害の重大性》の要否

非申請型義務付け訴訟の訴訟要件として損害の重大性が定められたのは、非申請型義務付け訴訟が「一定の処分を求める法令上の申請権のない者が、第三者に対する規制権限の行使としての処分などの一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるもので……このような内容の義務付けの訴えを認めることは、法令上の申請権がない者にあたかも申請権を認めることと同じような結果とな」るため、「救済の必要性が高い場合に限られるべきである」⁽³⁹⁾との理由によるものである。

義務付け訴訟の法的性格については、これを、①形成訴訟⁽⁴⁰⁾、②給付訴

両者の間には司法的法的判断の結果の表現の仕方の差異しかなく実質的差異はなにもないのであるから、これはまったく概念法学的思考の産物」であり、これらを区別する必要はないとする。本稿も、後者の見解に賛成であり、これを前提に議論を進めることとする。

(39) 小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務、2004年）161～162頁。福井秀夫他『新行政事件訴訟法—逐条解説とQ&A』（新日本法規、2004年）139頁も同趣旨をいう。

(40) 最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』（法曹会、2005年）32頁は、「義務付け訴訟の法的性質については、形成訴訟説及び給付訴訟説が述べられたが、形成訴訟説が多数であった」とした上で、形成訴訟であると解する根拠とし

訟⁽⁴¹⁾，③確認訴訟⁽⁴²⁾とみる見解があり，義務付け訴訟が給付訴訟であると

て，(ア)「国民の行政に対する請求権は実定法上觀念しにくく，これを前提とする給付訴訟説は採りづらい，義務付け訴訟の規定は，訴訟手続を定めるのみならず，実体法に踏み込んで形成要件（形成権）を規定したものと解すべきである」，(イ)住民訴訟の現4号請求（損害賠償請求義務付け請求）は形成訴訟とする見解が有力であったことをあげる。

- (41) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣，2019年）245～246頁は，義務付け訴訟において，(ア)「原告は，裁判所に対し，行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求め… …，裁判所は，原告の請求を認める時は，行政庁が処分をすべき旨を命ずる判決をする… …」のであるから，まさに給付訴訟の性質を持つ」こと，(イ)2004年行訴法改正前にも無名抗告訴訟の一種として義務付け訴訟の可能性は認められており，この時には行訴法に特別の規定があったわけではないので，給付訴訟としか考えられず，2004年行訴法改正の立法経緯において，義務付け訴訟を形成訴訟として構成し直した形跡がないところから，「義務付け訴訟は改正法においても給付訴訟としての性格を持つ」とする。他に，大貫裕之「義務付け訴訟・差止訴訟」高木光，宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣，2014年）所収・134頁は，「国民の権利の実効的救済の観点からすれば，特別に定められた訴訟類型によってしか救済がなされないという発想—『訴訟類型の発想』に立つのではなく，『権利・利益あるところに救済あり』という発想—『救済法の発想』に立つべきである。そして，『救済法の発想』に適合的な構成は給付訴訟説であろう」といい，南博方，高橋滋編『条解行政事件訴訟法 第3版補訂版』（小林久起）（弘文堂，2009年）91頁も，「国民の権利利益の実効的救済の観点から義務付けの訴えを新たに法定した趣旨からすれば，義務付けの訴えの訴訟要件，請求認容判決の要件が定められたとしても，その性質を給付訴訟と理解し，その背景に実体法上の給付請求権ないし行政救済請求権があると考えすることは，むしろ法の趣旨に適合する解釈といえるであろう」という。

- (42) 中川丈久「行政訴訟の基本構造(1)—抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について—」民商法雑誌150巻1号（2014年）52～53頁は，(ア)給付訴訟は強制執行により判決目的の貫徹を図ろうとする訴訟であるが，抗告訴訟は判決の強制執行を予定していないので，給付訴訟とは解しがたく，(イ)形成訴訟は実体法に踏み込んで形成要件（形成権）を規定するものであるところ，行政庁が一定の事情の下では処分をすべき義務を負うものであることは，権限不行使に関する国家賠償や無名抗告訴訟としての義務付け訴

すれば、申請権を有しない者であっても、処分の義務付けを求めるにつき「法律上の利益を有する者」であって、処分がされないことにより重大な損害を被るおそれがあり、他の救済手段によることができない者には、処分をするように求める実体法上の給付請求権があることになる⁽⁴³⁾し、義務付け訴訟が確認訴訟であるとすれば、上記のような者には、行政が実体法により負っている処分をすべき義務の確認を求める《確認の利益》が認められるということになる。

このような見方によれば、《処分以外の行政措置》についても、当該措置の義務付け（あるいは、義務の確認）を求めるにつき、「法律上の利益を有する者」であって、当該措置がされないことにより重大な損害を被るおそれがあり、他の救済手段によることができない者には、当該措置をするように求める実体法上の給付請求権がある、あるいは、上記のような者には、行政が実体法により負っている当該措置をすべき義務の確認を求める《確認の利益》が認められると解することができる⁽⁴⁴⁾。

訟において認められてきたことから、形成訴訟とも解しがたいことから、義務付け訴訟は「行政処分をする義務を負うことの確認訴訟」の性格を有するとする。

(43) 「〈研究会〉改正行政事件訴訟法」ジュリスト増刊『改正行政事件訴訟法研究』（2005年）〔小早川光郎発言〕127頁は、「私の理解では重大な損害というのは、ドイツ流に言えば請求権の成立要件なのです。原田尚彦先生などが持っておられたイメージでもそうだと思うのです。実体法的に言えば、一般には、局外の第三者が行政庁と規制相手方との関係に関与する権利はない、特別な場合はそこに介入請求権を認めようということ、その請求権が特別に成立する場合の要件ということになるのではないのでしょうか。ただ、日本法では義務付け訴訟を実体請求権訴訟として考えるまでは成熟していないので、これも私流に言えば、アクチオの要件として第1項の要件が付け加わっているというのが現状ではないのでしょうか」とする。

(44) 義務付け訴訟が形成訴訟であるとすれば、非申請型義務付け訴訟の訴訟要件が、《行政権限の行使を求める確認訴訟（当事者訴訟）》に影響を及ぼすことはない反面、《行政権限の行使を求める確認訴訟（当事者訴訟）》が認められるのかを別途考えなけ

なお、義務付け訴訟が、給付訴訟等であると解した場合、行訴法がその訴訟要件や本案勝訴要件を法定していることをどのように解するかが問題となるが、これについては、「従来極めて限定的に扱われてきた義務付け訴訟が合理的に運用されるには、予め当然に問題とされる訴訟要件と本案勝訴要件を法定しておくという立法政策もありうるところである。その際、義務付け訴訟は、立法権者が与えた行政庁の処分権限に関する紛争であるところから、そのあり方について、すべて裁判所の判断に委ねるのではなく、立法権者が司法権の判断につき一定の枠を定めておくことも、原告の裁判を受ける権利を侵害しない限度において、立法裁量の範囲である」⁽⁴⁵⁾と解することができる。

立法者が、非申請型義務付け訴訟（＝法令に基づく申請権が認められていない者が提起する、《処分》権限行使を求める訴訟）について〈損害の重大性と補充性が必要である〉と判断したとすれば、立法者は明言していないものの、《処分以外の行政措置》権限行使を求める訴訟＝権限行使の要求にかかる当事者訴訟についても、〈損害の重大性と補充性が必要である〉との判断が適用されると解すべきであるともいえそうである。そうであれば、本件のように〈本件土地を農用地区域から除外する義務があること〉の確認を求める当事者訴訟についても、損害の重大性と補充性を要する＝これらが認められない場合には、確認の利益は否定されるべきであるということになる。

6 おわりに

以上、〈農用地区域からの除外の求め〉を素材に、申請拒否処分とそれ

ればならなくなる。

(45) 塩野前掲注(41)・249頁。

に類似する行為について検討し、

- ・ 私人が自己に有利な行政措置を求める制度の中には、当該《措置》の処分該当性、当該《求め》の申請該当性について判然としないことがあり、この場合、求めを拒否された私人の救済方法として、①取消訴訟＋申請型義務付け訴訟、②（取消訴訟・）非申請型義務付け訴訟、③確認訴訟（当事者訴訟）のいずれによるべきかが不明確となること
- ・ 処分性の有無、申請権の存否について疑義がある場合、無理のある理由付けによって処分性や申請権を認めた上で抗告訴訟による救済を図るという発想よりも、処分性がないことを前提に、確認訴訟（当事者訴訟）により救済を求めるという発想によるべきではないかということ
- ・ 処分以外の措置をすべき義務の存在確認訴訟（当事者訴訟）の確認の利益を判断する際に、後続の処分を争いうることだけでは、確認の利益を否定する理由たりえないと解されること
- ・ 非申請型義務付け訴訟と行政措置（当該措置をすべき義務の確認）を求める当事者訴訟は、求める対象が処分か、処分以外の行政措置かということ以外は、同質の訴訟とみなしえるので、非申請型義務付け訴訟における《損害の重大性》要件は、行政措置をすべき義務の確認訴訟（当事者訴訟）にも適用されるのではないかと考えられること

を論じてきた。これにより、申請拒否処分類似行為にかかる司法救済についての問題点とその解決の方向性がある程度示しえたと思う。

最後に、非申請型義務付け訴訟における《損害の重大性》要件についての若干の考察をし、それを踏まえて、再度、自己に利益となる行政措置をすべき旨の義務確認訴訟（当事者訴訟）の許容範囲について考えてみたい。

2004年行訴法改正において、非申請型義務付け訴訟の訴訟要件として、損害の重大性が定められたことについては、

「改善命令等による介入を求める場合でも、『法律上の利益』があれば、あとは、実体法の解釈で、行政の権限行使が義務付けられれば十分である。そして、行政の権限行使が義務付けられれば、その反面として、住民には規制介入請求権という実体法上の権利（瑕疵なき裁量行使を求める請求権）が生じたと解することはできる」ので、申請権などは不要であり、損害の重大性に関しては「損害が重大でないことは、行政の介入に関する裁量権が義務化しない（裁量権のゼロ収縮がなされない）という本案の基準であるならば、理解できるが、これは義務付け訴訟の訴訟要件として構成されているので、損害があっても、申請権がない場合には、損害が重大でない限り門前払いになる。……法治国原理からすれば、行政が法律上の義務を怠っている場合には是正させるべきであり、申請権の有無を問題とすることは、前記のような疑問があるので、賛成できない」⁽⁴⁶⁾

「行政事件訴訟法改正の過程では、非申請型については『申請権』が認められていないことを理由として、重損要件が正当化された。しかし、『申請権』は適法な応答を求める手続的権利であって、一定の処分を求める実体法上の『請求権』とは別物である。したがって、『申請権』が認められるから『請求権』があるとか、『申請権』がないから『請求権』は例外的にしか認められないとすることには疑問がある。……原告が『法律上の利益』を有しており、行政庁が一定の処分をする義務を負う場合には、義務付け判決を認めてもよいのではないと思われる。重損要件について、『司法と行政の役割分担』が挙げられることもあるが、これはあまりに一般的な理由であって、なぜ重損要件が満たされた場合に限りて義務付け訴訟が提起できるのか、十分な説明とはなっていないように思われる。さらに、『行政庁の第一次的判断権の法理』が持ち出されることもある。その意味は定かで

(46) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）296～297頁。

はないが、これを事後審査の原則と解した場合は、非申請型義務付け訴訟については、そもそも原告が行政の判断を求める余地がないし、行政庁には訴訟において主張立証の機会が与えられるから、訴訟要件を加重する理由にはならないと思われる。他方、上記の法理を行政庁の裁量権を尊重すべしとの要請と解した場合には、裁量権は本案で考慮されるから、訴訟要件を加重する根拠とはならないように思われる。」⁽⁴⁷⁾

といったように、これを批判する見解も少なくない⁽⁴⁸⁾。

さらに、2004年行訴法改正の検討にあたった「行政訴訟検討会」の審議においても、非申請型義務付け訴訟に関する検討は、ほぼ第三者に対する規制権限行使の文脈において行われてきたことから⁽⁴⁹⁾、少なくとも、自

(47) 村上裕章『『申請権』概念の展開』法政研究84号（2017年）65～66頁。

(48) 非申請型義務付け訴訟における損害の重大性を批判する見解としては、前掲注(46)(47)の他に、曾和俊文「権利と救済（レメディ）—行政法における権利の特質」阿部古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）560頁、大貫前掲注(41)・135頁、湊二郎「義務付け訴訟・差止訴訟の法定と発展可能性」芝池古稀記念『行政法理論の探求』（有斐閣、2016年）所収・553～557頁などがある。

(49) 後の非申請型義務付け訴訟の原型が、行政訴訟検討会提出資料に現れるのは、行政訴訟検討会第16回会合（2003年（平成15年）4月25日）に提出された「行政の作為・不作為の給付を求める訴え、確認の訴えの主な論点」においてである。この中で、行政の作為の給付を求める訴えによる救済が必要とされる場合として、①申請に対する不作為、②申請に対する一部拒否、③申請に対する拒否と並んで、「④ 違法建築物の隣地居住者が違反者への是正命令を行政庁が発することを求める場合（第三者への処分を求める場合）」があげられている（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoshyou/dail6/16siryou5.pdf>。2019年6月13日閲覧）。続く第17回会合（2003年（平成15年）5月23日）に提出された「行政の作為・不作為の給付を求める訴え、確認の訴えの主な論点（補充）」では、これらが申請型義務付け訴訟と非申請型義務付け訴訟に整理され、後者の例としては、同じく違法建築物の隣地居住者が違反者への是正命令を行政庁が発することを求める場合があげられており

己に対する授益処分を求める非申請型義務付け訴訟⁽⁵⁰⁾については、損害の重大性は不要ではないかとする見解もある。例えば、

「非申請型義務付け訴訟の典型は、三面関係における規制権限の発動を裁判上求めるような場合である」ところ、「自己に対する処分の義務づけを求める類型」については、第三者への「規制権限発動の類型を主に念頭に置き

(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai17/17siryou3.pdf>. 2019年6月13日閲覧), これは第18回会合(2003年(平成15年)6月13日)に提出された「行政訴訟検討会において検討されている主な検討事項」(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai18/18siryou4.pdf>. 2019年6月13日閲覧)でも踏襲された。ただし、第25回会合(2003年(平成15年)11月7日)に提出された「義務付け訴訟の法定(検討参考資料)」で、非申請型義務付け訴訟の利用場面として「第三者に対する行政庁の規制権限の発動を求める場合、申請に基づかない処分をされた名宛人がその処分の変更や取消しを求める場合、など」(強調春日)があげられており(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai25/25siryou2.pdf>. 2019年6月13日閲覧)自己に対する授益処分を求める非申請型義務付け訴訟が全く想定されていなかったわけではない。

- 50) 石崎誠也「非申請型義務付け訴訟の概況及びその本案審理について」法政理論49巻2号(2017年)2～3頁によれば、「筆者の知りえた非申請型義務づけ訴訟判決」のうち「在留特別許可の義務付けを請求するものが最も多く、さらに退去強制命令の撤回、法務大臣裁決の撤回を併合して請求するものがある。……ついで多いのは、税務訴訟としての更正処分の義務付け請求であり……これらのように非申請型義務付け訴訟においても原告本人を名宛人とする処分の義務付けを請求するものが多く、そのようなものとしては、これらの他に、住民票記載、生活保護変更、非常勤公務員任命、公務員の人事異動、国税滞納処分差押え解除等の義務付け訴訟がある」という。また、自らに対する処分の義務付け訴訟における「重大な損害」要件について、広範な裁判例を検討分析したものとして、島村健「非申請型義務付け訴訟における『重大な損害を生ずるおそれ』の判断方法について—自らに対する処分の義務付け訴訟にかかる裁判例の概観と分析—」滝井追悼『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』(日本評論社、2017年)所収・251頁以下がある。

た『重大な損害』の要件を……要求する必然性は乏しい」⁽⁵¹⁾

「非申請型義務付け訴訟に重損要件を課したことは、法律上の利益の損害が重大ではない程度にとどまる者には法的救済の道を閉ざしたことになってしまうのではないかという疑問を禁じえない。特に本人に対する利益処分の場合に、それを強く感じる。例えば、出生による住民票記載は職権によるものとされ、申請制度（住民票の場合は届出）を欠くために、行政がそれを拒否する限り、非申請型義務付け訴訟によらなければならない。その際、住民票への記載が正当に求められる状況であったとしたら、不記載は、仮に重大な損害が現に生じてないとしても、住民票に記載されるべき法的地位が害されている状態が継続していることになる。それは非常勤公務員雇止め的事件でも同じであって、仮に雇止めが違法であるとしたら、損害の大小に拘わらず、その法的救済が保障されるべきである。しかしながら、必要な処分を義務付ける訴訟は抗告訴訟としての義務付け訴訟しか存在しないから、このような唯一の救済制度に『重損要件』を課すことの正当性は厳しく吟味されるべきであろう」⁽⁵²⁾

これらの見解には説得力があり、非申請型義務付け訴訟、とりわけ、自己に対する授益処分を求める非申請型義務付け訴訟の訴訟要件としての損害の重大性は不要であるように思われる。

しかし、これらの見解が立法論としては妥当であるとしても、行訴法

(51) 常岡孝好「申請型・非申請型義務付け訴訟の相互関係に関する一考察」宮崎古稀記念『現代行政訴訟の到達点と展望』（日本評論社、2014年）所収・176頁。

(52) 石崎前掲注50・5～6頁。石崎誠也「非申請型義務付け訴訟要件としての『重大な損害』についての考察」西塾・中川・海老澤喜寿記念『行政手続・行政救済法の展開』（信山社、2019年）所収281～282頁も参照。

37条の2第1項に、訴訟要件としての損害の重大性が明記されている以上、これを前提として、どのように解釈するかを考えなければならないだろう。

これについては、損害の重大性を「違法性の疑い」と解する見解がある。すなわち、重大な損害要件は「行政庁が事案の調査・解明を開始・継続するか否か決定する裁量を、制限する要素であろう。一般に、行政庁は法を執行するために限られた資源をどの事案にどれだけ割り当てるか決定する裁量を、ある程度持つと考えられる。しかし、違法な状態が放置されている疑いが濃い場合、そのような裁量は縮減し、行政庁には事案の調査・解明義務が生じよう。つまり『重大な損害を生ずるおそれ』は、違法な状態が存在するのではないかという合理的な疑いがある場合に、認められるのではないか」⁽⁵³⁾とするものである。これに賛同する意見もある⁽⁵⁴⁾が、「『違法状態が存在する疑いがある』ことと『重大な損害を生ずるおそれがある』ことは、文言上は同じではなく、現行法の解釈としては難点がある」⁽⁵⁵⁾という見解が妥当であるように思われる。

少なくとも、自己に対する授益処分を求める非申請型義務付け訴訟における《損害の重大性》については、緩やかにこれを認める解釈論を考えられないであろうか。非申請型義務付け訴訟の損害の重大性要件につき、行訴法37条の2第2項は「重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとする」（強調春日）と規定

(53) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌130巻4・5号（2004年）662頁。

(54) 興津征雄『違法は正と判決効』（弘文堂、2010年）290頁。

(55) 湊前掲注(48)・558頁。大貫前掲注(41)・135頁、村上前掲注(47)・72頁・注(73)も、その趣旨をいう。

している。この「処分内容及び性質をも勘案する」という文言の中に、①第三者に対する不利益処分と②自己に対する授益処分を区分する根拠を見出すことが可能ではないだろうか。①の義務付けにおいては、処分の名宛人となる第三者の利益にも考慮しなければならないので、原告が重大な損害を被る場合にのみ出訴が認められる（義務付け訴訟を給付訴訟と解するなら、このような場合にのみ、原告は請求権を有する）のに対し、②の義務付けは自らを名宛人とするもので、第三者の利益を考慮する必要は通常ないので、損害の重大性要件をより緩やかに解して（例えば、些細な損害以外については重大な損害に該当すると解して）、出訴を認める余地があるのではないか。

非申請型義務付け訴訟において、このような解釈が可能であれば、原告の利益となる《処分以外の行政措置》を求める当事者訴訟について、たとえ損害の重大性を要するとしても、同様に、損害の重大性を緩やかに解することが可能になるのではないだろうか。